

University of Groningen

## Groene stroom en de Europese interne markt

Vedder, Hans

*Published in:*

Sociaal Economische wetgeving: Tijdschrift voor Europees en economisch recht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Vedder, H. (2015). Groene stroom en de Europese interne markt. *Sociaal Economische wetgeving: Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 63(7/8), 328-340. [117].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Groene stroom en de Europese interne markt

*Het recht inzake staatssteun en het vrije verkeer van goederen en de Europese rechtsvorming*

117

H.H.B. Vedder\*

*Deze bijdrage gaat in op de rol die het recht inzake het vrije verkeer van goederen en het staatssteunrecht spelen in het spanningsveld tussen een Europees duurzame energiebeleid en de nationale energiesoevereiniteit en de vorming van het Europees recht. De hypothese is dat quasi-exclusieve bevoegdheid voor de Europese Commissie in het staatssteunrecht resulteert in een sterkere europeanisering dan die welke voortvloeit uit de regels inzake het vrije verkeer van goederen.*

## 1. Inleiding

Het spanningsveld tussen de interne markt en milieubescherming is altijd een vruchtbare bodem geweest voor zowel de rechtspraktijk als het rechtswetenschappelijk onderzoek. Het heeft geresulteerd in vele baanbrekende arresten, zoals *Deense Flessen*,<sup>1</sup> *Waalse Stort*<sup>2</sup> en *Preussen-Elektra*,<sup>3</sup> en vormde de voedingsbodem voor menig monografie. In het merendeel van dit rechtswetenschappelijk onderzoek gaat het om het verband tussen de interne markt en milieu dat vaak statisch wordt gezien. De klassieke tegenstelling is dan die van economie, belichaamd in de interne markt, *versus* milieu. Dit is een achterhaalde tegenstelling, onder meer gelet op de noodzaak te komen tot een *duurzame economische* ontwikkeling.<sup>4</sup> Een dergelijke ontwikkeling vereist de vervlechting van, in ieder geval, economische- c.q. marktoverwegingen en milieuoverwegingen.<sup>5</sup> Toch is deze tegenstelling geïnstitutionaliseerd in het juridisch kader dat van toepassing is. Dit kader bestaat uit rechtstreeks werkende verboden ten aanzien

van de belemmering van de zogeheten fundamentele vrijheden. Daarbij geldt dat de doctrine van de rechtstreekse werking uitgaat van de premisse dat de rechtstreeks werkende bepaling voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is, zodat deze uniform kan worden toegepast in de gehele Europese Unie. Tegelijkertijd is de doctrine sterk gekleurd door de wens de volle werking van het Europees recht, ook zonder medewerking van de publieke instanties zoals de Commissie of de bestuurlijke of wetgevende macht van de lidstaten, te verzekeren. Het medium hiervoor zijn de vele particulieren in de Europese Unie die een mogelijke belemmering ervaren en deze willen aanvechten voor de nationale rechter. Veelal zijn dit marktdeelnemers die zich belemmerd ervaren in hun economische vrijheid. Zij ontmoeten dan een overheid die deze vrijheid heeft ingeperkt teneinde een algemeen belang te beschermen. De hierboven genoemde tegenstelling is dan terug te zien in, bijvoorbeeld, de ingeroepen bepalingen: artikel 34 versus 36 van het Verdrag. Belangrijker is de vaststelling dat de vormgeving van de fundamentele vrijheden daarmee uitgaat van een pluraliteit van actoren.<sup>6</sup>

\* Hans Vedder is hoogleraar Economisch Recht, Rijksuniversiteit Groningen. Deze bijdrage is geschreven als onderdeel van de onderzoekslijnen *Energy and Sustainability* waaraan de auteur deelneemt.

1 HvJ EG, 302/86, ECLI:EU:C:1988:421 (*Commissie/Denemarken*).

2 HvJ EG, C-2/90, ECLI:EU:C:1992:310 (*Commissie/België*).

3 HvJ EG, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160 (*Preussen-Elektra AG/Schleswig AG*).

4 Artikel 3 lid 3 VEU en artikel 11 VWEU.

5 Veelal worden ook sociale overwegingen meegenomen. Van het begrip 'duurzame ontwikkeling' bestaan tal van definities, maar een eenvoudige lezing van de Europese verdragen, zie hierboven noot 4, duidt al op de noodzaak economische en ecologische overwegingen te vervlechten.

6 De dialoog tussen het Hof en deze veelheid van (private) actoren komt duidelijk naar voren in het arrest *Keck en Mithouard* waar het Hof zijn rechtspraak onderzoekt en verduidelijkt in reactie op het inroepen van, in die zaak, artikel 34 VWEU door marktpartijen, gevoegde zaken HvJ EG, C-267/91 en C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 (*Strafzaken/Bernard Keck en Daniel Mithouard*), r.o. 14.

Deze pluriformiteit is geringer in het staatssteunrecht, dat dicht tegen de fundamentele vrijheden aan ligt.<sup>7</sup> Van de bovengenoemde arresten ziet alleen het laatste op zowel het vrije verkeer van goederen als het staatssteunrecht in zijn verhouding tot nationale milieumaatregelen. Toch is het met name dat Europese staatssteunrecht dat in aanzienlijke mate bijdraagt aan niet alleen de Europese rechtsvorming, maar ook de dynamiek in het denken over de verhouding tussen interne markt en milieu. Dit is mogelijk omdat de Commissie, als enige instelling bevoegd is tot het toepassen van artikel 107 lid 3 VWEU. Daarmee is de Commissie in staat een eigen beleid te voeren op basis van haar mandaat het algemeen belang van de Unie te bevorderen.<sup>8</sup> Dit mandaat wordt verder ingevuld aan de hand van de beleidsoverwegingen die aan de Verdragen kunnen worden ontleend. Deze beleids-overwegingen vertalen zich in een scala van doelstellingen, uiteenlopend van vrijheid, evenwichtige economische groei en een groot concurrentievermogen tot sociale rechtvaardigheid en intergenerationele solidariteit.<sup>9</sup> Met andere woorden: het juridisch quasi-monopolie (in contrast met de pluriformiteit) op de vormgeving van het staatssteunrecht stelt de Commissie in staat een beleid te voeren. Dit beleid biedt ruimte voor een vervlechting van economische, sociale en milieuoverwegingen door de Commissie en dus op EU-niveau. Deze beleids- en rechtsvorming op EU-niveau kan worden gecontrasteerd met het bestaan van een gedeelde bevoegdheid voor de EU-wetgever op het vlak van (duurzame) energie. De tegenstelling bestaat ook met het interne-marktrecht, waarin deze overwegingen eerder ad hoc worden gecontrasteerd dan structureel worden geïntegreerd. In deze bijdrage breng ik de rechtsvorming in kaart die plaatsvindt inzake de verhouding tussen de interne markt en de stimulering van duurzame elektriciteit.<sup>10</sup> Ik doe dit aan de hand van de twee meest prominente rechtsgebieden binnen het interne marktacquis op dit vlak: het recht inzake het vrije verkeer van goederen (artikel 34-36 VWEU) en dat betreffende staatssteun (artikel 107-108 VWEU). Beide rechtsgebieden zijn vergelijkbaar in het feit dat zij gericht zijn tot de lidstaten, en niet tot de ondernemingen. Zij verschillen van elkaar vanwege de sterke mate van centralisatie van de beleidsvorming bij de Commissie in het staatssteunrecht. Hieraan ontleen ik de hypothese dat het staatssteunbeleid duidelijker is vormgegeven en bovendien in grotere mate beantwoordt aan de opdracht voor de Commissie alleen te handelen in het algemeen belang van de Unie. Deze in hoge mate op EU-niveau plaatsvindende beleidsvorming staat op gespannen voet met de Verdragsrechtelijke verdeling van bevoegdheden. Deze spanning zal moeten worden opgeheven en, gelet op de doelstellingen van de Verdragen

en het succes van het beleid van de Commissie, is mijn aanbeveling om het Verdrag op dit punt aan te passen. Dit zou in lijn zijn met eerdere ontwikkelingen ten aanzien van, bijvoorbeeld, het milieubeleid.<sup>11</sup>

Om dit te onderzoeken zal ik eerst (paragraaf 2) het algemene kader inzake duurzame elektriciteit in kaart brengen en analyseren. Hiertoe zal ik de juridische, economische, technische en politieke aspecten bekijken van groene stroom<sup>12</sup> en de stimulering ervan. Daarna zal het Europees recht inzake het vrije verkeer van goederen en de stimulering van duurzame elektriciteit worden onderzocht in paragraaf 3. Vervolgens zal ik hetzelfde doen voor het Europees recht betreffende de regulering van staatssteun en het stimuleren van duurzame energie (paragraaf 4). Beide paragrafen beginnen met een analyse van het Verdragsrechtelijk kader, gevolgd door een analyse van de toepassingspraktijk van dit kader, waarbij ik de maatregelen van algemene strekking zal behandelen voorafgaand aan de individuele toepassing ervan. Beide paragrafen worden afgesloten met een korte synopsis met betrekking tot de rechtsvorming die tezamen de basis vormen voor de concluderende paragraaf.

## 2. Groene stroom: een interdisciplinaire analyse

Groene stroom heeft tal van implicaties en het stimuleren ervan is te vergelijken met schaken op ten minste drie borden. Het betreft hier economische effecten, gevolgen voor de structuur van de energievoorziening en de milieu-effecten. Het stimuleringsbeleid voor groene stroom moet rekening houden met al deze effecten die bovendien onderling verband houden met elkaar. Hieronder zullen de effecten eerst nader in kaart worden gebracht, waarbij ik aanteken dat het onderscheid tussen de drie categorieën enigszins kunstmatig is en dat de effecten overlappen.

### 2.1. Economische effecten

Groene stroom heeft, door de bank genomen, hogere opwekkingskosten dan conventionele elektriciteit. Dat houdt in dat de prijs per kilowattuur van duurzame stroom hoger zal liggen dan die van gewone elektriciteit, en dus normaliter niet verkocht zal worden op de markt voor elektriciteit. Om de opwekking van duurzame elektriciteit te stimuleren is dus een verlaging van de prijs noodzakelijk, bijvoorbeeld door een subsidie. De door middel van een subsidieregeling verlaagde prijs in combinatie met prioritaire toegang tot het net zorgt ervoor

7 A. Biondi, 'The rationale of State aid control: A return to orthodoxy', in: C. Barnard & O. Odudu (red.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2009-2010*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 35-52.

8 Artikel 17 VEU.

9 Artikel 2 en 3 VEU.

10 Deze rechtsvorming vindt eveneens plaats op het bredere terrein van de duurzame energie, zoals groen gas. In deze bijdrage staat de duurzame elektriciteit centraal omdat hier de meeste vraagstukken al zijn opgeworpen en omdat de mate van marktintegratie hier groter is.

11 Voor een overzicht van de europeanisering van dit beleid zie J.H. Jans & H.H.B. Vedder, *European Environmental Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2012, p. 3-13 en p. 6 en 7 in het bijzonder.

12 In dit artikel zullen de termen 'duurzame elektriciteit' en 'groene stroom' door elkaar worden gebruikt.

dat fossiele opwekkingscapaciteit wordt verdrongen, hetgeen leidt tot een vergroening van de elektriciteitsproductie. Tegelijkertijd dienen de kosten van de subsidiëring te worden gedragen in de wetenschap dat een toename in de hoeveelheid opgewekte duurzame elektriciteit zich vertaalt, bij gelijkblijvende subsidies, in een grotere kostenpost. Deze zal, direct of indirect, door de verbruikers van elektriciteit worden gedragen in de vorm van hogere elektriciteitsprijzen of een hogere belasting. Het stimuleren van de opwekking van groene stroom zal, kortom, geld kosten en dat geld zal door de economie moeten worden opgebracht. Het alternatief, het internaliseren van de externe kosten in de prijs van de opwekking van niet-duurzame elektriciteit, zal evengoed gepaard gaan met economische kosten. Het gevolg daarvan zal immers zijn dat de energiekosten stijgen, hetgeen ten koste gaat van de concurrentiekracht van de Europese economieën.<sup>13</sup>

In dat verband is het van belang dat de Europese Unie invloed heeft op de wijze waarop de lidstaten hun economisch beleid voeren en vormgeven, met de regels over fiscale en economische houdbaarheid als boegbeeld. Daarnaast gelden algemene fiscale overwegingen die ertoe leiden dat de nationale overheden geldstromen het liefst zo veel mogelijk binnen de lidstaat houden, zodat economische stimuleringsmaatregelen de nationale economie, en niet die van andere lidstaten, stimuleren.<sup>14</sup> In dat opzicht gaan de economische effecten hand in hand met argumentatie die erop neerkomt dat alle landen zelfvoorzienend moeten zijn wat betreft hun energiegebruik.

## 2.2. Effecten op de structuur van de energievoorziening

De structuur van de energievoorziening is een open en niet nader gedefinieerd begrip in artikel 192 lid 2 en artikel 194 lid 2 VWEU, de twee rechtsgrondslagen voor het huidige (duurzame) energiebeleid. Waarschijnlijk ziet het op alle schakels in de energiewaardeketen.<sup>15</sup> Dat houdt in dat het de opwekking van energie, de omzetting van primaire energiebronnen naar elektriciteit of andere energiedragers, het transport<sup>16</sup> en het verbruik van energie omvat, zodat elke maatregel die van invloed is op deze

elementen formeel een bijzondere besluitvormingsprocedure vereist.<sup>17</sup> Dit soevereiniteitsvoorbehoud in beide rechtsgrondslagen lijkt een logisch gevolg van de nutsfunctie van de energievoorziening en de daaruit voortvloeiende potentieel verregaande invloed van de Europese samenwerking op een van de hoekstenen van een samenleving.

In wezen heeft de opwekking van groene stroom twee categorieën van gevolgen voor de structuur van de energievoorziening die samenhangen met de termijn waarop deze effecten zich voordoen.

Op de korte termijn kan de opwekking van groene elektriciteit op gespannen voet staan met de overkoepelende noodzaak de leveringszekerheid veilig te stellen. De opwekking van duurzame elektriciteit is immers grotendeels afhankelijk van klimatologische omstandigheden, zoals de windsnelheid en hoeveelheid zon. Deze omstandigheden zijn maar beperkt voorspelbaar en dat levert een spanning op met de overheersende noodzaak een elektriciteitsnetwerk voortdurend in balans te houden.<sup>18</sup> Het balanceren van het elektriciteitsnet is een onderdeel van de zogeheten leveringszekerheid. Dit komt er in wezen op neer dat elektriciteit – en energie in het algemeen – vooral waardevol is omdat het met een hoge mate van zekerheid in een uniforme en hoge kwaliteit beschikbaar is.

Zeker in combinatie met de voorrang voor duurzame elektriciteit,<sup>19</sup> kan de situatie ontstaan dat op bepaalde dagen ingrepen noodzakelijk zijn om te verzekeren dat er bijvoorbeeld voldoende elektriciteit opgewekt wordt of juist meer wordt afgenomen. De taak om het net in balans te houden is toebedeeld aan de netbeheerder, en deze ziet zich geplaatst voor een steeds grotere uitdaging naarmate de hoeveelheid duurzame elektriciteit groter wordt.<sup>20</sup> TenneT, de beheerder van het Nederlandse hoogspanningsnet, die enige jaren geleden een Duitse netbeheerder overnam, ondervindt dan ook als gevolg van de *Energiewende* een toenemende noodzaak tot het nemen van omvangrijke investeringen en intensief ingrijpen.<sup>21</sup> Dergelijke maatregelen vertalen zich in extra kosten voor netbeheer die weer worden doorgegeven aan de gebruikers van het netwerk, zodat dit ook economische effecten tot gevolg heeft. Dit verklaart op zijn beurt weer de populariteit van biomassa als duurzame energiebron.

13 Vgl. de carbon-leakage-problematiek, besproken in H.H.B. Vedder, 'Competences in EU External Climate Policy', in: E. Morgera (red.), *The External Environmental Policy of the EU: EU and International Law Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 11-32.

14 Dit vertaalt zich in soevereiniteitsvoorbeholden ten aanzien van fiscale maatregelen, vgl. artikel 192 lid 2 onderdeel a VWEU.

15 H. Vedder, M. Roggenkamp, A. Rønne & I. del Guayo, 'Chapter 4', in: A. Rønne, I. del Guayo, C. Redgwell & M.M. Roggenkamp (red.), *Energy Law in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2014.

16 Waarbij het transport geschiedt door middel van zogeheten transmissienetwerken waar elektriciteit onder hoogspanning wordt getransporteerd, en distributienetwerken die het transport op midden- en laagspanningsniveau naar de eindgebruiker voor hun rekening nemen. Beide netwerken worden beheerd door zogeheten netbeheerders.

17 A. Johnston & E. van der Marel, 'Ad Lucem? Interpreting the New EU Energy Provision, and in Particular the Meaning of Article 194(2) TFEU', 2013 *EEELR* p. 181-199.

18 Op de site van TenneT is te vinden hoeveel invoeding van wind- of zonnestroom is voorspeld en wat daadwerkelijk wordt ingevoerd. Deze getallen verschillen regelmatig met meer dan een factor 2, [www.tennetso.de/site/en/Transparency/publications/network-figures/actual-and-forecast-photovoltaic-energy-feed-in](http://www.tennetso.de/site/en/Transparency/publications/network-figures/actual-and-forecast-photovoltaic-energy-feed-in).

19 Dergelijke voorrang is voorgeschreven in de Richtlijn 2009/28 inzake hernieuwbare energie, hierna: Richtlijn Hernieuwbare energie, *PbEU* 2009, L 140/16, artikel 16 lid 2.

20 Een goed overzicht van deze taak en de uitvoering ervan is te vinden op de site van het Europese netwerk van elektriciteitstransmissienetbeheerders, ENTSO-E, [www.entsoe.eu/Pages/default.aspx](http://www.entsoe.eu/Pages/default.aspx).

21 Zie bijvoorbeeld het persbericht van 12 december 2014, te vinden op: [www.tennet.eu/de/news-presse/article/tennet-hat-sich-auf-rekord-windeinspeisung-vorbereitet.html](http://www.tennet.eu/de/news-presse/article/tennet-hat-sich-auf-rekord-windeinspeisung-vorbereitet.html).

De bijstook van biomassa in elektriciteitscentrales is immers relatief goed in te passen in de structuur van de energievoorziening omdat dergelijke centrales relatief eenvoudig op- en af- te schakelen zijn en dus onafhankelijk van de lokale klimatologische omstandigheden kunnen opereren. Een verder effect dat van belang is voor de leveringszekerheid, maar ook een economisch neveneffect oplevert, is de kostenstructuur van duurzame elektriciteit. Groene stroom heeft doorgaans zeer lage marginale kosten waardoor marktversturende effecten kunnen ontstaan op elektriciteitsgroothandelsmarkten ten opzichte van fossiele elektriciteit, waarbij de marginale kosten direct samenhangen met de brandstofprijzen.<sup>22</sup> De behoefte aan op- en afschakelbare opwekkingscapaciteit en *baseload* capaciteit<sup>23</sup> vereist voorts nog fossiele opwekkingscapaciteit, maar die wordt steeds onaantrekkelijker in een markt waar de energieprijzen worden bepaald door de marginale opwekkingskosten van groene stroom.<sup>24</sup>

Op de langere termijn is er aanmerkelijk minder spanning met de noodzaak de leveringszekerheid veilig te stellen. De eindige beschikbaarheid van de fossiele brandstoffen en de bij tijd en wijle gespannen relatie met de landen die bepaalde fossiele brandstoffen leveren, maken de omschakeling naar duurzame energiebronnen juist bij uitstek geschikt om de leveringszekerheid duurzaam te borgen. Echter, algemeen wordt aangenomen dat dit alleen haalbaar is als de structuur van de energievoorziening, en met name de elektriciteitsnetwerken grondig worden aangepast. De negatieve kortetermijneffecten zouden dan kunnen worden voorkomen door middel van de invoering van zogeheten slimme elektriciteitsnetten.<sup>25</sup> Belangrijker voor de Europese rechtsvorming is de benodigde aanpassing ten aanzien van het langetermijneffect. Deze aanpassing bestaat in het aanleggen van een hoogspanning elektriciteitsnet dat de landen van de Europese Unie met elkaar verbindt en ze zo in staat stelt gebruik te maken van elkaars duurzame opwekkingscapaciteit.<sup>26</sup> De aldus toegenomen interconnectie staat immers in het teken van zowel de duurzame leveringszekerheid als de marktintegratie. Interconnectie vormt daarmee in wezen de fysieke neerslag van marktintegratie.

### 2.3. Milieueffecten van groene stroom

De milieueffecten van groene stroom zien natuurlijk eerst en vooral op de opwekking van duurzame elektrici-

teit, hetgeen de uitstoot van broeikasgassen vermindert en daarmee bijdraagt aan het tegengaan van klimaatverandering. De precieze milieueffecten van het opwekken van groene stroom zijn echter genuanceerder en vergen een nadere analyse. Ten aanzien van, bijvoorbeeld, windenergie en biomassa bestaat ondertussen een aanzienlijke hoeveelheid kennis over de precieze (negatieve) milieueffecten. Zo kan een windturbine negatieve gevolgen hebben voor (beschermde) vogels en kan de aanleg van offshore windparken zorgen voor een verstoring van lokale ecosystemen. Ten aanzien van de milieugevolgen van het gebruik van biomassa speelt op dit moment een levendige discussie.<sup>27</sup> Deze milieugevolgen bestaan onder meer in de verdringing van akkerbouw ten behoeve van voeding door de teelt van gewassen voor biomassa en de afnemende beschikbaarheid van oud frituurvet voor de chemische industrie waardoor deze andere, meer milieubelastende, chemische stoffen moet gebruiken.<sup>28</sup> Deze discussie laat zien dat de waardering van de milieupact van groene stroom een ingewikkelde ketenanalyse vereist, waarbij ten aanzien van elke schakel binnen de keten onzekerheden bestaan met betrekking tot de milieueffecten. Dit heeft op zijn beurt weer effecten op de toepasselijke regels, maar kan evengoed gevolgen hebben voor de mate van marktintegratie. Een voorbeeld van dit laatste zijn de energieleveranciers die ermee schermen niet alleen groene stroom, maar groene stroom *van eigen bodem* te leveren.<sup>29</sup>

### 2.4. Groene stroom: beleid en recht

Zolang klimaatverandering in economische zin overwegend externe kosten met zich brengt, zal de markt onvoldoende prikkels bieden voor de zogeheten energietransitie waarvan het stimuleren van duurzame elektriciteit een onderdeel vormt. Een beleid ten aanzien van groene stroom moet dus rekening houden met de hierboven gesignaleerde effecten, en zeker met de economische effecten. Maar al te vaak, zoals het in de inleiding al genoemde arrest *PreussenElektra* laat zien, vertaalt het zich in een beleid en een juridisch kader dat is gericht op het stimuleren van de opwekking van duurzame elektriciteit binnen de eigen lidstaat. Dergelijk beleid kan onverenigbaar zijn met de interne markt.

22 Zie voor een nadere analyse: R. Huisman, V. Stradnycy & S. Westgaard, 'Renewable Energy and Electricity Prices: Indirect Empirical Evidence from Hydro Power', online beschikbaar op: <http://people.few.eur.nl/rhuisman/images/paper%20renewable%20energy%20and%20electricity%20prices.pdf>.

23 Deze term wordt gebruikt voor de opwekkingscapaciteit die te allen tijde beschikbaar moet zijn, ook als 's nachts de wind wegvalt.

24 Vgl. de afsplitsing, door E.ON, van conventionele opwekkingscapaciteit, [www.eon.com/en/media/news/press-releases/2014/11/30/new-corporate-strategy-eon-to-focus-on-renewables-distribution-networks-and-customer-solutions-and-to-spin-off-the-majority-of-a-new-publicly-listed-company-specializing-in-power-generation-global-energy-trading-and-exploration-and-production.html](http://www.eon.com/en/media/news/press-releases/2014/11/30/new-corporate-strategy-eon-to-focus-on-renewables-distribution-networks-and-customer-solutions-and-to-spin-off-the-majority-of-a-new-publicly-listed-company-specializing-in-power-generation-global-energy-trading-and-exploration-and-production.html).

25 Voor een overzicht van deze netten en de relatie met het recht zie: H.H.B. Vedder, 'De Regulering van Smart Grids', *NTE* 2011, afl. 2, p. 68-80.

26 Vgl. Vo. (EU) 347/2013 betreffende Richtsnoeren voor de trans-Europese energie-infrastructuur (TEN-E Verordening), *PbEU* 2013, L 115/39, en met name ov. 5 en 7 van de preambule en Bijlage I, onder punt 1. Zie ook de Richtlijn Hernieuwbare energie, ov. 59 van de preambule.

27 Zie onder meer: [www.trouw.nl/tr/nl/4332/Groen/article/detail/3828958/2015/01/13/Visie-KNAW-op-bio-energie-is-van-kleuterschoolniveau.dhtml](http://www.trouw.nl/tr/nl/4332/Groen/article/detail/3828958/2015/01/13/Visie-KNAW-op-bio-energie-is-van-kleuterschoolniveau.dhtml), geraadpleegd op 16 januari 2015.

28 Dat voor het meewegen van deze milieueffecten ruimte is blijkt uit het arrest in HvJ EU, C-195/12, ECLI:EU:C:2013:598 (*Industrie du bois de Vielsalm & Cie (IBV) SA/Région wallonne*), r.o. 66-80.

29 Zie bijvoorbeeld: [www.nle.nl/enerlijk-over-energie/enerlijk-over-groene-stroom](http://www.nle.nl/enerlijk-over-energie/enerlijk-over-groene-stroom), geraadpleegd op 14 januari 2015.

### 3. Het vrije verkeer van goederen en duurzame elektriciteit

Elektriciteit is door het Hof aangemerkt als een goed in de zin van artikel 34 en 35 VWEU, zodat iedere maatregel van de lidstaten met een effect op de grensoverschrijdende handel als maatregel van gelijke werking wordt aangemerkt. Een nationaal beleid dat alleen de in die lidstaat opgewekte duurzame elektriciteit stimuleert zal een dergelijk effect hebben en dus objectief gerechtvaardigd moeten worden om verenigbaar te zijn met het Europees recht ten aanzien van het vrije verkeer van goederen. Mogelijke rechtvaardigingsgronden zijn te vinden in artikel 36 VWEU en kunnen worden ontleend aan de rechtspraak van het Hof inzake de dwingende redenen van algemeen belang. Met name deze laatste bron is van belang voor beschermingsdoelstellingen die zich na de vaststelling van het toenmalige EEG-Verdrag hebben aangediend. Dit is zeer relevant voor groene stroom aangezien artikel 36 VWEU niet is aangepast ten opzichte van het oude artikel 36 EEG dat dateert uit een tijdperk waarin klimaatverandering simpelweg niet aan de orde was. Het algemene Verdragsrechtelijke kader voor het vrije verkeer van goederen bestaat dus uit een ruim geformuleerd verbod enerzijds en een mogelijkheid om inbreuken op het verbod te rechtvaardigen anderzijds. Inmiddels is dit Verdragsrechtelijke kader al vele decennia toegepast op vraagstukken rond groene energie en het vrije verkeer,<sup>30</sup> maar vele vragen blijven onbeantwoord en nieuwe vragen dienen zich aan, mede als gevolg van de voortschrijdende techniek en vervlechting van de markten. Omdat dit Verdragsrechtelijke kader onvoldoende duidelijkheid en rechtszekerheid verschaft, voorziet ditzelfde kader in een mogelijkheid om secundair recht aan te nemen dat nadere en duidelijkere regels creëert ten aanzien van de verenigbaarheid van nationale maatregelen met het Europees recht.

Hierboven is al duidelijk geworden dat de grondslagen voor het aannemen van deze nadere maatregelen soevereiniteitsvoorbehouden bevatten ten aanzien van de structuur van de energievoorziening en fiscale maatregelen.<sup>31</sup> Als de EU dergelijke maatregelen wil aannemen dan zal zij dat moeten doen door middel van een bijzondere wetgevingsprocedure die eenparigheid in de Raad vereist. Dit vetorecht voor elke lidstaat reflecteert het belang dat de lidstaten hechten aan invloed op de energievoorziening en de kosten die hiermee gemoeid zijn.

#### 3.1. Harmonisatie ten aanzien van duurzame elektriciteit

Op dit moment is het geharmoniseerde kader ten aanzien van duurzame elektriciteit in wezen te vinden in de Elektriciteitsrichtlijn<sup>32</sup> en de Richtlijn Hernieuwbare energie. Daarbij regelt de Elektriciteitsrichtlijn de ordening van de elektriciteitsmarkt en de rol die toegang tot de transmissie- en distributienetwerken in dit verband speelt. De Elektriciteitsrichtlijn bevat tal van verwijzingen naar duurzame elektriciteit en bepaalt dat in dit verband verplichtingen worden opgenomen in de openbare dienstverplichtingen die de lidstaten kunnen opleggen aan de elektriciteitsbedrijven.<sup>33</sup> De Elektriciteitsrichtlijn bevat in wezen maar één verplichting ten aanzien van de grensoverschrijdende handel in (duurzame) elektriciteit en die bestaat in een discriminatieverbod ten aanzien van het beheer van en toegang tot de netwerken. De gedachte is dan dat een non-discriminatoir toegangsregime zorg draagt voor de effectieve markttoegang voor al dan niet duurzame elektriciteit uit de andere lidstaten.<sup>34</sup> Dat zelfs deze gedachte niet onversneden terugkomt in de richtlijn blijkt al uit artikel 15 lid 4 waarin het de lidstaten wordt toegestaan om voorrang te geven aan elektriciteit die wordt opgewekt met brandstoffen uit het eigen land. Dit is een duidelijk voorbeeld van de wijze waarop de lidstaten in het secundaire recht invulling hebben gegeven aan het soevereiniteitsvoorbehoud dat hierboven al werd signaleerd.<sup>35</sup>

Verder conformeert de richtlijn zich aan de Richtlijn Hernieuwbare energie waar het gaat om de bijzondere positie voor groene stroom op de elektriciteitsmarkt. Daartoe worden de transmissienetbeheerders verplicht om, conform de Richtlijn Hernieuwbare energie, voorrang te geven aan groene stroom bij het inschakelen van energiecentrales,<sup>36</sup> terwijl de lidstaten ervoor kunnen kiezen om distributiesysteembeheerders te verplichten om voorrang te geven aan elektriciteit die wordt opgewekt met hernieuwbare bronnen.<sup>37</sup> Veel specifiekere dan dat worden de regels niet.

Nadere regels voor de grensoverschrijdende handel in duurzame elektriciteit zijn te vinden in de Richtlijn Hernieuwbare energie. Deze bepaalt in de preambule al dat de lidstaten eenvoudiger gebruik moeten kunnen maken van de in een andere lidstaat opgewekte duurzame energie, en deze energie kunnen gebruiken om te voldoen aan de nationale verplichtingen ten aanzien van het

30 In wezen is de zaak *Inter-Huiles* uit 1982, HvJ EG, 172/82, *Jur.* 1983, p. 555, een vroeg voorbeeld. Zie voor een volledig overzicht N. de Sadeleer, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford: Oxford University Press 2014.

31 Hierboven, paragraaf 2.1 en 2.2.

32 Richtlijn 2009/72 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *PbEU* 2009, L 21/55, hierna de Elektriciteitsrichtlijn.

33 Artikel 3 lid 1 en 2 Elektriciteitsrichtlijn.

34 Vgl. H. Kruimer, *The non-discrimination obligation of energy network operators. European rules and regulatory practice* (diss. Groningen), 2013.

35 Paragraaf 2.2. Zie verder het arrest *Gerecht*, T-57/11, ECLI:EU:T:2014:1021 (*Castelnou/Commissie*), r.o. 188-190, waarin het Gerecht een beperkte opvatting van het begrip 'interne markt' invoert, mede op grond van de bevoegdheid van de lidstaten om het begrip 'dienst van algemeen economisch belang' in te vullen. In wezen construeert het Gerecht hier een soevereiniteitsvoorbehoud inzake artikel 106 lid 2 VWEU.

36 Artikel 15 lid 3 Elektriciteitsrichtlijn.

37 Artikel 25 lid 4 Elektriciteitsrichtlijn.

aandeel duurzame energie.<sup>38</sup> In één adem meldt de richtlijn ook dat dergelijke grensoverschrijdende afspraken ‘onder controle van de lidstaten blijven’. Deze spanning tussen enerzijds de erkenning van de duidelijke voordelen van Europese samenwerking en anderzijds de wens het beleid inzake duurzame elektriciteit op nationaal niveau of in ieder geval met inachtneming van de nationale randvoorwaarden vorm te geven, blijkt een terugkerend thema in de Richtlijn Hernieuwbare energie. In wezen bevat de richtlijn dan ook voornamelijk regels die facultatieve samenwerking tussen lidstaten eenvoudiger moeten maken.<sup>39</sup> Daarmee biedt de richtlijn geen garanties voor een grensoverschrijdende dimensie in het nationale beleid ten aanzien van groene stroom. De regels inzake de subsidiëring van duurzame elektriciteit, bijvoorbeeld, kunnen nog steeds op volledig nationale grondslag zijn vormgegeven. Daarmee is het stimuleringsbeleid beperkt tot op het eigen grondgebied opgewekte duurzame energie.<sup>40</sup>

De conclusie is dan ook dat de harmonisatie ter zake van groene elektriciteit nog niet leidt tot een *Tedeschi*-effect,<sup>41</sup> zodat de verenigbaarheid van nationale maatregelen moet worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen in het Werkingsverdrag.<sup>42</sup>

### 3.2. Maatregelen van gelijke werking ten aanzien van groene stroom

De vraag of en in welke mate nationaal stimuleringsbeleid een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 34 VWEU oplevert, diende zich eerst aan in het arrest *PreussenElektra*.<sup>43</sup> Op grond van het *Stromeinspeisungsgesetz* waren lokale Duitse elektriciteitsbedrijven verplicht alle in hun distributiegebied geproduceerde duurzame stroom af te nemen tegen een tarief dat hoger was dan de geldende marktprijs. Daarmee werd de markttoetreding voor buitenlandse leveranciers van groene stroom ten minste potentieel belemmerd, hetgeen een maatregel van gelijke werking oplevert aldus het Hof.<sup>44</sup> Deze belemmering bleek echter in de visie van het Hof gerechtvaardigd. De redenering van het Hof in dit verband blinkt

niet echt niet uit door helderheid. Het Hof beroept zich op tal van relevante rechtvaardigingsgronden,<sup>45</sup> maar geeft niet aan waarom de maatregel noodzakelijk en evenredig is. Belangrijker nog is dat de maatregel in kwestie een onderscheid maakt tussen in Duitsland geproduceerde en in andere lidstaten geproduceerde groene stroom.<sup>46</sup> Hiermee levert de maatregel op grond van 's Hofs vaste jurisprudentie een maatregel met onderscheid op, zodat de *Cassis*-rechtvaardiging op grond van dwingende vereisten niet inroepbaar zou zijn. Het alternatief zou zijn om te erkennen dat, gelet op de bijzondere eigenschappen van elektriciteit, in het binnenland geproduceerde (duurzame) elektriciteit onvergelijkbaar is met in het buitenland opgewekte (duurzame) elektriciteit. Deze redenering die door de Finse regering was aangevoerd in *Outokumpu* is al ferm afgewezen door het Hof,<sup>47</sup> zodat dit geen verklaring kan zijn voor de uitkomst in *PreussenElektra*. Het stilzwijgen van het Hof op dit punt, gekoppeld aan de duidelijk temporele dimensie van de overwegingen,<sup>48</sup> vormde de basis voor veel onduidelijkheid over de houdbaarheid van deze aanpak ruim een decennium later.<sup>49</sup>

Met de arresten in *Ålands vindkraft*<sup>50</sup> en *Essent Belgium*<sup>51</sup> is een deel van deze onduidelijkheid weggenomen. In beide zaken vormde een in wezen vergelijkbare maatregel de steen des aanstoots. De nationale regeling in kwestie verplichtte grote afnemers en leveringsbedrijven om ten belope van een deel van de afgenomen c.q. geleverde elektriciteit zogeheten groenestroomcertificaten te kopen en te overleggen. Hiermee kunnen deze ondernemingen aantonen dat zij hebben voldaan aan de verplichting een percentage hernieuwbare energie af te nemen of te leveren. Door dit percentage jaarlijks aan te passen kan een lidstaat verzekeren dat de nationale doelstellingen ten aanzien van hernieuwbare energie worden gehaald. De spanning met het Europees recht zat hem in het feit dat beide regelingen alleen zonder meer openstonden voor certificaten afkomstig van productie eenheden uit de eigen lidstaat. Certificaten afkomstig van opwekkingseenheden uit andere lidstaten waren alleen toegelaten onder

38 Richtlijn Hernieuwbare energie, ov. 36 van de preambule.

39 Artikel 6-11 Richtlijn Hernieuwbare energie.

40 Artikel 11 Richtlijn Hernieuwbare energie, dat een facultatieve procedure voor een gezamenlijke steunregeling bevat. Tot nog toe hebben alleen Zweden en Noorwegen een dergelijke gezamenlijke steunregeling. Voor een analyse zie: C. Klessmann, ‘Cooperation between EU Member States under the RES Directive’, Ecofys rapport in opdracht van de Commissie, beschikbaar op: [www.ecofys.com/en/publication/renewable-energy-cooperation-between-eu-member-states/](http://www.ecofys.com/en/publication/renewable-energy-cooperation-between-eu-member-states/).

41 Zie hierover o.m. J.W. van de Gronden, ‘De Dienstenrichtlijn: revolutie of storm in een glas water?’, *TvC* 2010, afl. 2, p. 71.

42 Vgl. HvJ EU, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 (*Ålands vindkraft AB/Energimyndigheten*), r.o. 57-63.

43 HvJ EG, C-379/98, *Jur.* 2001, p. I-2099 (*PreussenElektra AG/Schleswig AG*).

44 HvJ EG, C-379/98, *Jur.* 2001, p. I-2099 (*PreussenElektra AG/Schleswig AG*), r.o. 70 en 71.

45 HvJ EG, C-379/98, *Jur.* 2001, p. I-2099 (*PreussenElektra AG/Schleswig AG*), r.o. 73-75.

46 Dit blijkt al uit het feit dat het Hof in r.o. 70 van *PreussenElektra* verwijst naar het arrest in HvJ EG, C-21/88, *Jur.* 1990, p. I-889 (*Du Pont de Nemours Italiana*), waar het in r.o. 14 uitdrukkelijk vaststelt dat de aldaar relevante maatregel ‘vanwege haar discriminerende karakter geen rechtvaardiging [kan] vinden in de dwingende eisen die in de rechtspraak van het Hof zijn erkend. Met dergelijke dwingende eisen kan enkel rekening worden gehouden in geval van maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en ingevoerde producten’.

47 HvJ EG, C-213/96, ECLI:EU:C:1998:155, *Jur.* 1998, p. I-1777 (*Outokumpu*), r.o. 37-39.

48 Het Hof betreft in zijn overwegingen duidelijk de voortschrijdende openstelling van de markten, die ten tijde van het arrest nog maar net aangevangen was en de op dat moment aanhangig zijnde voorstellen voor verdere regelgeving, HvJ EG, C-379/98, *Jur.* 2001, p. I-2099 (*PreussenElektra AG/Schleswig AG*), r.o. 78-80.

49 Tijdens de XXV FIDE bijeenkomst in Tallinn, bijvoorbeeld, is dit onderwerp besproken in het rapport van P. Cameron, beschikbaar op: [www.fide2012.eu/index.php?doc\\_id=86](http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=86).

50 HvJ EU, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 (*Ålands vindkraft AB/Energimyndigheten*).

51 Gevoegde zaken HvJ EU, C-204/12-C-208/12, ECLI:EU:C:2014:2192 (*Essent Belgium NV/Vlaamse Reguleringinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt*).

voorwaarden.<sup>52</sup> Het resultaat is dat het overwegend onaangetrokken werd voor de aan een groenestroomquotum onderworpen ondernemingen om buiten het grondgebied van de eigen lidstaat geproduceerde groene stroom af te nemen.<sup>53</sup> De keerzijde van deze medaille is dat het moeilijker wordt voor een buitenlandse producent van duurzame elektriciteit om toe te treden tot de markt. Met name voor Ålands vindkraft leverde dat problemen op omdat de tot Finland behorende Åland-archipel waarop deze onderneming was gevestigd, een betere elektriciteitsverbinding heeft met Zweden dan met het vasteland van Finland.<sup>54</sup> De markttoegang voor buitenlandse groenestroomproducenten wordt aldus bemoeilijkt. Dat dit precies het doel is van de nationale regels blijkt als we de overwegingen over de rechtvaardiging van de belemmering onderzoeken.

### 3.3. De rechtvaardiging van invoerbelemmeringen ten aanzien van groene stroom

De overwegingen die het Hof in *PreussenElektra* wijdt aan de rechtvaardiging van de invoerbelemmering zijn onafhankelijk en onvolledig. Niet alleen ontbreekt een deugdelijke identificatie van de rechtvaardigingsgrond<sup>55</sup> en een onderbouwing van de evenredigheid,<sup>56</sup> het Hof maakt ook geen woorden vuil aan het feit dat hier een maatregel met onderscheid wordt gerechtvaardigd met een *Cassis*-dwingend vereiste.<sup>57</sup>

In *Ålands vindkraft* en *Essent Belgium* zijn de overwegingen van het Hof uitgebreider en coherenter.<sup>58</sup> Omdat in het laatstgenoemde arrest vaak wordt terugverwezen naar *Ålands vindkraft*, zal ik hieronder voornamelijk ingaan op de overwegingen in deze zaak.

Wat betreft de rechtvaardigingsgronden verwijst het Hof nog steeds naar het tegengaan van klimaatverandering en de bescherming van het leven en de gezondheid van mensen, dieren en planten.<sup>59</sup> Het Hof vult deze overwegingen aan met de Verdragsrechtelijke context die, sinds het inwerkingtreden van het Verdrag van Lissabon, in

een energietitel voorziet.<sup>60</sup> De overwegingen inzake de evenredigheid van de nationale maatregel zijn echter veel uitgebreider en gaan bovendien, zij het weinig expliciet, in op de aard van de maatregel in kwestie. De maatregelen in kwestie beoogden en resulteerden immers in beide gevallen de stimulering van *nationale* duurzame energieopwekking.<sup>61</sup>

Het Hof kleedt zijn overwegingen nog steeds in met een vaststelling ten aanzien van het voortdurende en nog niet voltooide proces van energiemarkt liberalisatie en integratie alsmede de bijzonderheid dat de herkomst van elektriciteit nagenoeg onmogelijk kan worden vastgesteld zodra deze is ingevoerd in het net.<sup>62</sup>

Wat betreft de noodzakelijkheid en evenredigheid van de territoriale beperking van de nationale regeling valt het Hof Ålands vindkraft bij met de constatering dat het tegengaan van klimaatverandering een werkelijk mondiaal probleem is, zodat nationale maatregelen niet a priori noodzakelijk lijken. Meteen daarna stelt het Hof vast dat de Uniewetgever, zoals we hierboven ook al zagen, een betrekkelijk minimaal harmonisatiekader heeft vastgesteld, dat in ieder geval niet noopt tot een beleid ten aanzien van duurzame elektriciteit dat op EU-niveau wordt vormgegeven en uitgevoerd. Daarmee is het, aldus het Hof, de lidstaten *in beginsel* toegestaan om alleen nationaal opgewekte duurzame elektriciteit te stimuleren.<sup>63</sup> De daaropvolgende overwegingen van het Hof bouwen voort op in essentie twee gegevens. Ten eerste de al gemenoteerde onmogelijkheid de (duurzame) oorsprong van elektriciteit vast te stellen na invoeding in het net. Ten tweede de vaststelling dat de Uniewetgever heeft gekozen voor nationale quota ten aanzien van het percentage duurzame energie als reflectie op het uiteenlopende potentieel van de verschillende lidstaten om duurzame energie te accommoderen in hun energiesysteem.<sup>64</sup> Het Hof schaaft zich hiermee achter de keuze van de Uniewetgever die uitgaat van een in beginsel nationaal beleid om de Uniebrede doelstellingen ten aanzien van

52 De Zweedse regeling bepaalde dat dit alleen het geval was indien er een overeenkomst was gesloten, hetgeen was gebeurd met Noorwegen. De Vlaamse regeling voorzag in de mogelijkheid voor de Vlaamse regering om elders geproduceerde certificaten te erkennen.

53 Dit volgde ook uit het gegeven dat de groenestroomproducenten hun certificaten samen met de elektriciteit verkochten, HvJ EU, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 (*Ålands vindkraft AB/Energimyndigheten*), r.o. 71 en 72.

54 Vgl. Commissie besluit in zaak SA 33.823 (2012/N), betreffende staatssteun voor de aanleg van een back-up elektriciteitskabel tussen Finland en Åland, ov. 2-5.

55 Het Hof refereert aan milieubescherming, het tegengaan van klimaatverandering en de bescherming van de gezondheid en van het leven van personen en dieren en het behoud van de plantensoorten, HvJ EG, C-379/98, *Jur.* 2001, p. I-2099 (*PreussenElektra AG/Schleswig AG*), r.o. 73-75.

56 Het Hof lijkt, in r.o. 79, de evenredigheid van de maatregel te onderbouwen met de observatie dat de herkomst van elektriciteit niet langer kan worden vastgesteld zodra deze is ingevoerd in het net. Nota bene dat precies deze redenering verworpen werd als rechtvaardiging voor het maken van onderscheid tussen nationale en ingevoerde productie door het Hof in HvJ EG, C-213/96, ECLI:EU:C:1998:155, *Jur.* 1998, p. I-1777 (*Outokumpu Oy*), r.o. 37-39.

57 Zie uitgebreider A. Steinbach & R. Brückmann, 'Renewable Energy and the Free Movement of Goods', working paper te verschijnen in *Journal of Environmental Law*, Issue 1, 2015.

58 Vgl. de karakterisering door A-G F.G. Jacobs in HvJ EG, C-203/96, *Jur.* 1998, p. I-4075 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorf BV/Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*), r.o. 90. Zie verder F. Jacobs, The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment, 2006 *Journal of Environmental Law*, p. 185-205, op p. 192.

59 HvJ EU, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 (*Ålands vindkraft AB/Energimyndigheten*), r.o. 77-80.

60 HvJ EU, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 (*Ålands vindkraft AB/Energimyndigheten*), r.o. 81.

61 Zie voor een nadere analyse van dit gebrek aan grensoverschrijdendheid in de vormgeving van het nationale beleid en maatregelen: H.H.B. Vedder, 'Good Neighbourliness in a Sustainable European Internal Electricity Market: A Tale of Communities and Uncommunautaire Thinking', in: D. Kochenov & E. Basheska (red.), *Good Neighbourliness*, Leiden: Martinus Nijhoff 2015, nog te verschijnen.

62 HvJ EU, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 (*Ålands vindkraft AB/Energimyndigheten*), r.o. 84-87.

63 HvJ EU, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 (*Ålands vindkraft AB/Energimyndigheten*), r.o. 94.

64 HvJ EU, C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 (*Ålands vindkraft AB/Energimyndigheten*), r.o. 96-98.



het percentage duurzame energie te behalen.<sup>65</sup> Deze keuze kan worden verklaard met behulp van de observatie dat de vormgeving van een beleid ten aanzien van duurzame elektriciteit, zoals we in paragraaf 2.4 al zagen, een complexe aangelegenheid is die inzicht en controle vooronderstelt over de economische en milieueffecten alsmede de effecten op het energiesysteem. Dit inzicht hangt samen met de door het Hof gememoreerde verschillen in nationaal potentieel, de kosten en effecten en de noodzaak investeringszekerheid te garanderen. Vanuit dat perspectief bezien is het begrijpelijk dat het Hof de territoriale beperking noodzakelijk en evenredig acht. Het plotseling toegankelijk maken van de Zweedse markt voor groenestroomcertificaten voor een Finse opwekker van duurzame elektriciteit zou immers zeer wel kunnen resulteren in een lagere prijs voor die certificaten. Ervan uitgaande dat een op een eiland geplaatste windturbine, zoals die welke Ålands vindkraft exploiteert, de hoge capaciteit van een offshore turbine combineert met de relatief lagere constructie- en onderhoudskosten van een onshore turbine, lijkt het aannemelijk dat de groene stroom van Ålands vindkraft relatief goedkoop op de markt gebracht kan worden. Zo zouden de relatief goedkope groenestroomcertificaten eerst de meest aantrekkelijke markten<sup>66</sup> overspoelen om daarna aangeboden te worden in de andere lidstaten. Hoewel dit tot lagere prijzen op die certificatenmarkten zou leiden en daarmee tot lagere stroomprijzen, maakt dit het voor de lidstaten onmogelijk om effectief toezicht uit te oefenen op, bijvoorbeeld, de uitbreiding van de duurzame opwekkingscapaciteit en daarmee de fysieke invoeding van deze elektriciteit op het net.<sup>67</sup> Juist de massale invoeding van duurzame elektriciteit kan, zoals we hierboven al zagen, grote gevolgen hebben voor de stabiliteit van het net en daarmee de leveringszekerheid bedreigen. In wezen lijkt het Hof in *Ålands vindkraft* en *Essent Belgium* een nieuw dwingend vereiste van Unierecht te introduceren.<sup>68</sup> Dit is het dwingend vereiste van duurzame elektriciteitsopwekking dat de resultante is van een milieudoelstelling en de oogmerken ten aanzien van betaalbaarheid, investeringszekerheid en leveringszekerheid.

Het grootste probleem hiermee is dat deze gedachte moeilijk inpasbaar is in de klassieke rechtspraak van het

Hof waarbij redenen inzake betaalbaarheid categorisch zijn uitgesloten als 'zuiver economische doelstellingen'.<sup>69</sup> Toch zien we tal van gebieden waarop het Hof rentabiliteits- en betaalbaarheidsoverwegingen toch toelaat in het kader van de toetsing van de evenredigheid van de middelen.<sup>70</sup> Dit is problematisch omdat deze overwegingen niet alleen deel uitmaken van de middelen, maar veeleer van de doelstelling zelf. In wezen wil de Uniewetgever, en daarmee de nationale beleidsmakers niet zozeer duurzame energie, maar betaalbare en veilige duurzame energie stimuleren. Deze fundamentele vervlechting van doelstellingen ten aanzien van de economie, concurrentie en klimaatbescherming kenmerkt het gehele Europese klimaatrecht.<sup>71</sup> Omdat hiermee de klassieke tegenstelling tussen 'zuiver economische doelstellingen' en 'dwingende vereisten van algemeen belang' vervaagt, kan gesproken worden van hybride doelstellingen. Dergelijke hybride doelstellingen zijn, in ieder geval waar het gaat om overheidsingrijpen in de mededinging,<sup>72</sup> beter inpasbaar in het mededingingsrecht. De hierboven weergegeven rechtspraak van het Hof inzake de classificatie als 'zuiver economische doelstelling' laat al zien hoe moeizaam deze categorie inpasbaar is in het vrij verkeersrecht.<sup>73</sup> Het mededingingsrecht, dat uitgaat van economische overwegingen en doelstellingen, heeft minder moeite met dergelijke hybride doelstellingen.

#### 4. Staatssteun en groene stroom

Deze betere inpasbaarheid zien we al als we kijken naar de invloed van het interne-marktrecht op de wijze waarop nationale afvalbeheersstructuren zijn vormgegeven. Waar het Hof in *Dusseldorp* de rentabiliteit van een onderdeel van de Nederlandse afvalverwijderingsstructuur categorisch buiten beschouwing laat als mogelijke rechtvaardiging voor de belemmering van de export van afvalstoffen, blijkt deze wel toelaatbaar als rechtvaardiging voor een

65 Dit blijkt verder uit r.o. 99, waarin het Hof verwijst naar de overwegingen van de Uniewetgever ten aanzien van de noodzaak dat de lidstaten greep houden op de kosten en het effect van het nationale duurzame energiebeleid.

66 Dit zouden de markten zijn van die lidstaten met het meest strenge groenestroomquotum en dus in potentie de meeste vraag naar certificaten.

67 Zweden heeft bijvoorbeeld geen mogelijkheden om de uitbreiding van het windpark van Ålands vindkraft tegen te houden en is verplicht de groene stroom toe te laten op het net op grond van artikel 16 lid 2 Richtlijn Hernieuwbare energie, zie hierboven paragraaf 3.1.

68 Deze gedachte is gebaseerd op een intensieve discussie in november 2014 met Eirini Tsifopoulou, promovenda aan de Universiteit van Kopenhagen. Haar werk en onze discussie hebben dit idee verder aangescherpt.

69 Zie bijvoorbeeld HvJ EG, C-203/96, Jur. 1998, p. I-4075 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV e.a./Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*), r.o. 44.

70 Zoals bij beheersstructuren voor afvalstoffen HvJ EG, C-324/99, Jur. 2001, p. I-9897 (*DaimlerChrysler AG/Land Baden-Württemberg*), r.o. 61 en 62, en HvJ EG, C-209/98, Jur. 2000, p. I-3743 (*Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD)/Københavns Kommune*), r.o. 78 en 79; betaalbaarheid van de gezondheidszorg HvJ EG, C-157/99, Jur. 2001, p. I-5473 (*B.S.M. Smits, echtgenote van Geraets/Stichting Ziektenfonds VGZ en H.T.M. Peerbooms/Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*), r.o. 72, en studiefinanciering gevoegde zaken HvJ EG, C-11/06 en C-12/06, Jur. 2007, p. I-9161 (*Rhiannon Morgan/Bezirksregierung Köln en Iris Bucher/Landrat des Kreises Düren*), r.o. 42 en 43.

71 Zie E. Woerdman, M.M. Roggenkamp & M. Holwerda (red.), *European Climate Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2015.

72 Vgl. H.H.B. Vedder, *Competition Law and Environmental Protection in Europe: Towards Sustainability?*, Groningen: Europa Law Publishing 2003, p. 436.

73 Vgl. de algemene overwegingen over dergelijke 'exclusionary reasons' door J.H. Gerards in haar oratie *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, p. 12, beschikbaar op [www.law.leidenuniv.nl/org/publiekrecht/sbrecht/nieuws/gerards-oratie.html](http://www.law.leidenuniv.nl/org/publiekrecht/sbrecht/nieuws/gerards-oratie.html).

exclusief recht in de zin van artikel 106 lid 1 VWEU.<sup>74</sup> Ook in het staatssteunrecht zien we deze grotere geschiktheid van het mededingingsrecht om hybride doelstellingen te accommoderen. Tegelijkertijd zien we dat, met name in het kader van het staatssteunrecht, de Commissie en het Hof kiezen voor een uitlegging van het begrip ‘staatssteun’ in artikel 107 lid 1 VWEU die een centrale beleidsvormende rol toekent aan de Commissie. Uiteraard is de Commissie in het kader van het staatssteuntoezicht afhankelijk van de lidstaten die de steun in de eerste plaats moeten willen toekennen. Toch is het staatssteunbeleid een belangrijk Europees beleidsinstrument zolang er nog sprake is van marktfalen bij de opwekking van groene stroom en er dus overheidsinterventie noodzakelijk is. In deze omstandigheden kan de Commissie een beleid voeren dat proactief of reactief (in reactie op een melding van voorgenomen steunverlening) Europeesrechtelijke randvoorwaarden schept voor nationaal groenestroombeleid.

#### 4.1. Milieuoverwegingen en het begrip ‘staatssteun’

Het begrip ‘staatssteun’ omvat vier cumulatieve elementen en de meeste interactie tussen de milieubeschermingsdoelstellingen en de werkingssfeer van artikel 107 lid 1 VWEU vindt plaats in het kader van het selectiviteitsvereiste.<sup>75</sup> Dit haakt aan op de zinsnede in artikel 107 lid 1 VWEU dat de steun ‘bepaalde ondernemingen of bepaalde producties’ moet begunstigen. Het Hof ziet het selectiviteitsvereiste als een toepassing van het gelijkheidsbeginsel<sup>76</sup> vanuit de gedachte dat een nationale maatregel die alle ondernemingen gelijk behandelt geen staatssteun oplevert en dus ontsnapt aan het toezicht op staatssteun.<sup>77</sup> Bezien vanuit het gelijkheidsbeginsel zou het selectiviteitsvereiste zo kunnen worden begrepen dat het ongelijk behandelen van ondernemingen die ongelijk zijn of in ongelijke omstandigheden verkeren niet het verschaffen van een selectief voordeel inhoudt. De vraag is dan of het verschillend begunstigen van ondernemingen naargelang de milieu-impact van hun handelen een selectief voordeel oplevert. Hierover is inmiddels tamelijk veel rechtspraak die in wezen aanvangt met het arrest in de zaak *Adria-Wien* en vooralsnog is geëindigd met de *British Aggregates Association* saga.

In *Adria-Wien* ging het om een Oostenrijkse belasting op milieugrondslag die het gebruik van energie wilde ontmoedigen door hierover een belasting te heffen. Ook hier bleek de fundamentele vervaechting van milieu- en economische overwegingen doordat de maatregel het energieverbruik verschillend belaste naargelang de sector waarin de onderneming actief was. Ondernemingen met een aanzienlijk energieverbruik konden namelijk een restitutie aanvragen als het bedrag van de energieheffing een bepaalde drempel overschreed en ze hoofdzakelijk stoffelijke goederen produceren. Grosso modo was het effect dus dat het energieverbruik in de dienstensector zwaarder werd belast dan het energieverbruik door ondernemingen die goederen produceren. Het resultaat hiervan was dat *Adria-Wien*, dat pijpleidingen exploiteert, het hogere tarief moest betalen. Het Hof constateert dat ondernemingen in beide sectoren grote energieverbruikers kunnen zijn en dat alle energieverbruik gevolgen heeft voor het milieu.<sup>78</sup> Daarmee kan de verschillende behandeling van ondernemingen in beide sectoren niet worden verklaard uit de aard of de opzet van de regeling, zodat deze een selectief voordeel verschaft en dus staatssteun oplevert. In dit verband wijst het Hof nog als overweging ten overvloede op het feit dat de restitutieregeling bedoeld was om het concurrentievermogen van de Oostenrijkse industrie te beschermen.<sup>79</sup>

*Adria-Wien* laat zien hoe het Hof de dubbele agenda van nationaal energie- en duurzaamheidsbeleid identificeert en daaraan de consequentie verbindt dat het staatssteuntoezicht van toepassing is.<sup>80</sup> Vervolgens is het aan de Commissie om in het kader van de toepassing van artikel 107 lid 3 VWEU tot een oordeel te komen over de verenigbaarheid van de steun met de interne markt. In dat verband kunnen de milieu- en mededingingseffecten beide worden meegewogen.<sup>81</sup>

In de zaken *British Aggregates Association* speelde een soortgelijke problematiek.<sup>82</sup> De nationale regeling in dat geval, de *aggregates levy*, had tot doel het gebruik van secundaire, gerecyclede aggregaten te stimuleren door een zwaardere heffing op te leggen aan zogeheten natuurlijk aggregaat.<sup>83</sup> Ook deze milieuheffing erkende het belang van concurrentieoverwegingen doordat de Noord-Ierse producenten van natuurlijke aggregaten waren vrijgesteld van de heffing.<sup>84</sup> Ten aanzien van de lagere heffing voor secundaire aggregaten vergeleken met natuurlijke aggre-

74 HvJ EG, C-209/98, *Jur.* 2000, p. I-3743 (*Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD)/Københavns Kommune*), r.o. 75 en 76.

75 Daarnaast kunnen milieudoelstellingen van invloed zijn op het ondernemingsbegrip. Verder kunnen ze ook een rol spelen in het kader van een dienst van algemeen economisch belang in de zin van de *Altmark*-uitzondering.

76 HvJ EG, C-279/08 P, *Jur.* 2011, p. I-7671 (*Commissie/Nederland*), r.o. 62, zie verder W. Sauter & H.H.B. Vedder, ‘Annotation to Case C-279/08 P, *Commission v. Netherlands (NOx Emissions Trading Scheme)*’, (2012) 37 *ELR*, p. 327-340.

77 Slechts het veel minder ingrijpende toezicht op grond van artikel 106 en 107 VWEU op algemene economische stimuleringsmaatregelen is van toepassing.

78 HvJ EG, C-143/99, *Jur.* 2001, p. I-8365 (*Adria-Wien Pipeline GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*), r.o. 52.

79 HvJ EG, C-143/99, *Jur.* 2001, p. I-8365 (*Adria-Wien Pipeline GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*), r.o. 54.

80 Zie verder het arrest *Gerecht*, T-251/11, ECLI:EU:T:2014:1060 (*Oostenrijk/Commissie*), r.o. 108-111.

81 HvJ EG, C-143/99, *Jur.* 2001, p. I-8365 (*Adria-Wien Pipeline GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*), r.o. 31. Het Hof verwijst hier naar het beleid van de Commissie inzake staatssteun voor milieubescherming dat precies deze afweging bevat.

82 Zie onder meer GvEA EG, T-210/02, *Jur.* 2006, p. II-2789 (*British Aggregates/Commissie*); HvJ EG, C-487/06 P, *Jur.* 2008, I-10505 (*British Aggregates/Commissie*), en GvEA EG, T-210/02 RENV, ECLI:EU:T:2012:110 (*British Aggregates/Commissie*).

83 Aggregaten zijn korrelige stoffen die worden gebruikt voor de fundering van wegen en andere infrastructurele projecten of als toeslag voor beton.

84 Noord-Ierland deelt immers als enige grondgebied van het Verenigd Koninkrijk een landgrens met een andere lidstaat, zodat de transportkosten naar dat landsdeel relatief lager zijn en er dus meer concurrentiedruk te verwachten is, zie uitgebreide Beschikking C(2002)1478 betreffende staatssteundossier N 863/01, rn. 24 en 25 alsmede GvEA EG, T-359/04, *Jur.* 2010, p. II-4227 (*British Aggregates/Commissie*).

gaten kwam de Commissie tot de conclusie dat dit geen selectief voordeel opleverde. Kort gezegd kwam zij tot deze slotsom op grond van de verschillende milieugevolgen van de productie van secundair en natuurlijk aggregaat waardoor dit verschillende economische activiteiten zijn. De consequentie daarvan is dat die dus ook verschillend behandeld kunnen worden, zonder dat dit een selectieve begunstiging van de producenten van secundaire aggregaten oplevert.<sup>85</sup>

Het Gerecht wees het beroep van de BAA tegen deze overweging af onder verwijzing naar, kort gezegd, het integratiebeginsel dat de lidstaten toestaat op grond van de milieubelasting te differentiëren in de op te leggen heffing.<sup>86</sup> De niet-selectieve aard van de heffing resulteert aldus in de uitkomst dat er geen sprake was van staatssteun, zodat de Commissie niet gehouden was tot een gedegen afweging van de milieu- en concurrentie-effecten van de maatregel. Het Hof maakt korte metten met deze aanpak en overweegt dat de werkingssfeer van de staatssteunregels wordt bepaald door hun gevolgen en niet door de doelstelling<sup>87</sup> van de nationale maatregelen<sup>88</sup> en sluit af met de volgende rechtsoverweging:

‘De noodzaak om rekening te houden met de eisen inzake milieubescherming, hoe legitiem ook, rechtvaardigt echter niet dat selectieve maatregelen, zelfs specifieke zoals milieuheffingen, worden uitgesloten van de werkingssfeer van artikel [107 lid 1 VWEU] (...), daar met milieudoelstellingen hoe dan ook zinvol rekening kan worden gehouden bij de toetsing van de verenigbaarheid van de staatssteunmaatregel met de gemeenschappelijke markt op grond van artikel [107 lid 3 VWEU].’<sup>89</sup>

De ratio achter deze overweging is in de hogere voorziening in de zaak *Nederlandse NOx* verder geëxpliciteerd. Daar betrof het weer een vraag naar de toepasselijkheid van het begrip ‘staatssteun’ onder meer als gevolg van de mogelijke niet-selectiviteit van een milieumaatregel op marktgrondslag. In de procedure voor het Hof onderbouwde de Commissie haar stelling dat niet het doel maar de effecten bepalend zijn voor de toepasselijkheid van het begrip ‘staatssteun’ met de redenering dat het alternatief ‘afbreuk zou doen aan de taak van de Commissie om te onderzoeken of de steun de voorwaarden

waaronder het handelsverkeer plaatsvindt niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad’.<sup>90</sup> Dit past in de klassieke *effet-utile*-benadering van het Hof waarbij de basisregels ruim en de uitzonderingen eng moeten worden uitgelegd.<sup>91</sup> Deze inhoudelijke of materieelrechtelijke gevolgtrekking wordt door het Verdrag verbonden met een institutioneel monopolie voor de Commissie.<sup>92</sup> De samenvatting van deze rechtspraak komt erop neer dat er in de visie van het Hof een scheiding bestaat tussen enerzijds het door de Commissie en elke rechterlijke instantie van de lidstaten toe te passen juridisch deel en anderzijds het beleidsdeel van artikel 107 VWEU. Het beleid speelt zijn rol daarbij alleen in het kader van het derde lid.<sup>93</sup>

#### 4.2. Milieuoverwegingen en artikel 107 lid 3 VWEU

In het kader van het derde lid heeft de Commissie het vrijwel exclusieve recht om het beleid te voeren.<sup>94</sup> Ten aanzien van staatssteun voor duurzame energie heeft de Commissie pas sinds kort een expliciet beleid dat ook de energiecomponent meeweegt alhoewel de Commissie al enkele decennia oordeelt over de verenigbaarheid van dit soort steun. In deze toepassingspraktijk kunnen in wezen drie lagen worden onderscheiden. In de laag met individuele casus oordeelt de Commissie op basis van de voorliggende feiten over de verenigbaarheid van de maatregel met de interne markt. Dit resulteert in een corpus aan besluiten met een in zekere mate casuïstisch karakter. De Commissie codificeert en (her)vormt haar beleid in een tweede laag van *soft-law*-documenten waarmee ze haar beleidsruimte op grond van artikel 107 lid 3 VWEU inperkt. De derde laag wordt gevormd door de regels die met een hoge mate van rechtszekerheid harde voorwaarden formuleren waarbinnen de steun is toegestaan: groepsvrijstellingen. Ten aanzien van alle drie de lagen geldt dat de Unierechters de ‘grote beoordelingsmarge’ van de Commissie erkennen en slechts terughoudend toetsen.<sup>95</sup>

Deze drie lagen kunnen worden gezien vanuit een tweeledig perspectief. Enerzijds gaat het daarbij om de vraag of de bevoegdheid quasi-exclusief of juist gedeeld is. Anderzijds speelt de vraag naar de beleidsintensiteit die is neergelegd in regels in de drie lagen. De eerste maat-

85 Beschikking C(2002)1478 betreffende staatssteundossier N 863/01, rn. 34 en 43.

86 GvEA EG, T-210/02, Jur. 2006, p. II-2789 (*British Aggregates/Commissie*), r.o. 115-128.

87 Dit is een standaardoverweging van het Hof die echter niet consequent wordt toegepast, vgl. A. Bartosch, ‘The concept of selectivity?’, in: E. Szyszczak (red.), *Research Handbook on EU State Aid law*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 186 en 187 en bovendien op gespannen voet staat met het recht van de lidstaten om diensten van algemeen economisch belang te definiëren en de uitvoering hiervan te bekostigen met staatsmiddelen zonder dat dit staatssteun oplevert, vgl. HvJ EG, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (*Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*).

88 HvJ EG, C-487/06 P, Jur. 2008, p. I-10505 (*British Aggregates/Commissie*), r.o. 81-91.

89 HvJ EG, C-487/06 P, Jur. 2008, p. I-10505 (*British Aggregates/Commissie*), r.o. 92.

90 HvJ EU, C-278/09 P, Jur. 2011, p. I-7671 (*Commissie/Nederland*), r.o. 70.

91 Voor een kritische analyse van deze rechtspraak en zijn juridisch-taalkundige implicaties zie: S. Weatherill, ‘The Court’s Case Law on the Internal Market: “A Circumlocutious Statement of the Result, Rather than a Reason for Arriving at It”’, in: M. Adams e.a. (red.), *Judging Europe’s Judges*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 90 e.v.

92 HvJ EG, C-354/90, Jur. 1991, p. I-5505 (*Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires en Syndicat National des Négociants et Transformateurs de Saumon*), r.o. 9-14.

93 Vgl. A. Biondi, ‘State Aid Is Falling Down, Falling Down: An Analysis Of The Case Law On The Notion Of Aid’, 2013 50 CML Rev., p. 1722 en 1723.

94 De mogelijkheden voor de Raad om te interveniëren op grond van artikel 108 lid 2 derde alinea VWEU zijn zeer beperkt, vgl. HvJ EG, C-110/02, Jur. 2004, p. I-6633 (*Commissie/Raad*), r.o. 17, 18 en 31 (steun voor Portugese varkenshouders).

95 Zie bijvoorbeeld Gerecht, T-251/11, ECLI:EU:T:2014:1060 (*Oostenrijk/Commissie*), r.o. 138.

regel is door de Commissie, na machtiging door de Raad, vormgegeven als de *De-Minimis*-verordening.<sup>96</sup> Deze is beleidsarm in die zin dat de Commissie aan de hand van relatief eenvoudig en eenduidig vast te stellen gegevens een algemene regel geeft voor de merkbaarheid van staatssteun, en dus de toepasselijkheid van het begrip 'staatssteun'. In wezen bevat deze verordening alleen een algemene inschatting van de effecten op de mededinging en handel tussen de lidstaten. Deze vertaalt zich in de regel dat al bij een lager steunbedrag in bepaalde industrieën, zoals de transportsector, sprake zal zijn van een mededingingsverstoring met een effect op de handel.<sup>97</sup> Voor milieuoverwegingen is in deze verordening dan ook geen plaats, hetgeen goed past in het hierboven geschetste Verdragsrechtelijke kader.

De tweede maatregel wordt gevormd door de groepsvrijstellingsverordeningen. Deze worden ook weer door de Commissie, na machtiging door de Raad, opgesteld. Zo bevat de meest recente Algemene Groepsvrijstelling relatief meer beleid en bijvoorbeeld ook bijzondere regels voor steun ten behoeve van milieubescherming.<sup>98</sup> De systematiek van de Groepsvrijstelling sluit aan bij die van de *De-Minimis*-verordening in die zin dat de maximaal toegestane hoeveelheid steun afhangt van activiteit die door de steunontvanger wordt ontplooid en de industrietaak waarin deze actief is. Dit is in wezen een afspiegeling van de mededingingsafweging die wordt gemaakt onder artikel 107 lid 1 VWEU. Verder voorziet de Groepsvrijstelling in een stelsel waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen investeringssteun en exploitatiesteun, gestoeld op het uitgangspunt dat de laatste categorie van steunmaatregelen inherent meer mededingingsverstoring is dan de eerste.<sup>99</sup>

De werkelijk grotere beleidsintensiteit is te zien waar de Groepsvrijstellingsverordening een nader onderscheid maakt in de verschillende vormen van energiegerelateerde milieubeschermingsmaatregelen, zoals energiebesparing, hoogrenderende warmte-krachtkoppeling en opwekking van hernieuwbare energie. Hier zien we dat de Commissie, zeker in vergelijking met de voorgaande groepsvrijstellingsverordening,<sup>100</sup> strengere randvoorwaarden ten aanzien van de daadwerkelijke milieueffecten formuleert. Wanneer we artikel 23 van de oude Groepsvrijstellingsverordening vergelijken met artikel 41 van de thans geldende Groepsvrijstellingsverordening dan valt onmiddellijk op dat waterkrachtcentrales alleen voor investerings-

steun in aanmerking komen als ze voldoen aan de vereisten van de Kaderrichtlijn Water, waar de voorganger hiervan met geen woord rept.<sup>101</sup> Hetzelfde geldt voor investeringssteun in de productie van biobrandstoffen.<sup>102</sup> De belangrijkste intensivering van het beleid is te vinden in verband met de regels over exploitatiesteun voor duurzame energie. Deze ontbraken volledig in de vorige Groepsvrijstellingsverordening en het feit dat de huidige verordening wel in deze regels voorziet is op zich al een belangrijke intensivering van het beleid. Daar komt nog bij dat de Commissie in wezen drie belangrijke energie- en interne marktrelevante randvoorwaarden voor dit soort steun formuleert.

Ten eerste dient de steun technologie-neutraal te zijn. Dat houdt in dat, in beginsel, geen onderscheid mag worden gemaakt naargelang de opwekkingstechniek. De uitzondering op deze technologie-neutraliteit hangt samen met de tweede randvoorwaarde. Deze betreft de verplichte inbedding in het normale energiesysteem. Hiermee bedoel ik dat deze energieopwekking aan het standaardregime voor balanceringstaken is onderworpen.<sup>103</sup> Ten derde mogen de lidstaten met hun steunverlening alleen bepaalde technieken stimuleren indien dit noodzakelijk is gelet op de vereisten van het energiesysteem. Dit laatste vooronderstelt immers een zekere diversiteit van opwekkingstechnologieën, de voortdurende balancerings van het netwerk en het tegengaan van netwerkrestricties.<sup>104</sup> Met name de noodzaak tot balancerings kan nopen tot het stimuleren van bepaalde, wat betreft hun opwekkingscapaciteit relatief goed te voorspellen, vormen van opwekking van duurzame elektriciteit.<sup>105</sup> De vierde voorwaarde is die op grond waarvan steun alleen is toegestaan indien deze wordt toegekend 'volgens een concurrerende biedprocedure op grond van duidelijke, transparante en niet-discriminerende criteria, die open staat voor alle producenten die elektriciteit produceren uit hernieuwbare energiebronnen zonder enige discriminatie'.<sup>106</sup> Deze laatste voorwaarde is revolutionair aangezien deze lijnrecht ingaat tegen het hierboven al vastgestelde territoriale karakter van het nationale beleid ten aanzien van duurzame energie.

Deze beleidsintensivering ten gunste van de interne markt en de technologie-neutrale normale inbedding in het netbeheer worden doorgetrokken in de derde categorie van maatregelen: de Richtsnoeren van de Commissie en de individuele toepassing van het beleid op specifieke

96 Vo. (EU) 1407/2013 betreffende de toepassing van artikel 107 en 108 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun, *PbEU* 2014, L 352/1.

97 Vo. (EU) 1407/2013 betreffende de toepassing van artikel 107 en 108 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun, *PbEU* 2014, L 352/1, artikel 3 lid 2.

98 Vo. (EU) 651/2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van artikel 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, *PbEU* 2014, L 187/1, Deel 7.

99 Zie HvJ EG, C-288/96, *Jur.* 2000, p. I-8237 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 77 en 78.

100 Vo. (EG) 800/2008.

101 Artikel 41 lid 4 Vo. (EU) 651/2014.

102 Artikel 41 lid 2 en 3 Vo. (EU) 651/2014. Met enige goede wil zou een voorloper van deze normen kunnen worden gelezen in artikel 23 lid 4 Vo. (EG) 800/2008.

103 Artikel 42 lid 6 Vo. 651/2014.

104 Artikel 42 lid 3 Vo. (EU) 651/2014.

105 Zoals de bijstook van biomassa in conventionele centrales.

106 Artikel 42 lid 2 Vo. 651/2014.

casus. Hierin vinden we dezelfde uitgangspunten die erop neerkomen dat steun op basis van een daadwerkelijk open en niet-discriminatoire procedure moet zijn toegelaten.<sup>107</sup> In haar eerdere beleid heeft de Commissie al duidelijk gemaakt dat deze voorwaarde een daadwerkelijk inhoudelijke toets inhoudt die verder gaat dan de enkele verenigbaarheid van de toekenningsprocedure met de openbare aanbestedingsrichtlijnen.<sup>108</sup> Deze maatregelen worden door de Commissie in betreffende autonomie vastgesteld. Wanneer de totstandkoming van de meest recente Richtsnoeren wordt bekeken dan valt op dat met name van de zijde van Duitsland flinke kritiek is geuit op wat werd ervaren als een aanscherping van het staatssteunbeleid en daarmee een inperking van de ruimte voor nationaal duurzame energiebeleid.<sup>109</sup>

We zien dus dat de Commissie, in een samenspel met het Hof, de beleidsintensieve elementen van staatssteun scheidt van de juridische elementen en daarmee haar quasi-exclusieve bevoegdheid ten aanzien van de beleidsvorming versterkt door een meer geprononceerd beleid te voeren. Nu is het steunbeleid van de Commissie per definitie hooguit van indirecte invloed op hetgeen daadwerkelijk plaatsvindt. De lidstaten zouden er immers voor kunnen kiezen om de Commissie buiten de deur te houden door simpelweg geen steun te geven. Dat laatste is echter geen realistische optie gelet op de noodzaak om duurzame energie te stimuleren om te voldoen aan de bindende, op EU-niveau vastgestelde, nationale doelstellingen.

## 5. Conclusie

De hypothese die ten grondslag ligt aan dit artikel is dat de centrale en vrijwel exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie in de toepassing van het staatssteunrecht resulteert in een sterke invloed van deze instelling op de wijze waarop het nationale duurzame energierecht is vormgegeven. Hiervoor hebben we gezien dat de Commissie deze sterk gecentraliseerde rol ontbeert waar het gaat om het vrije verkeer van goederen in verhouding tot nationaal milieubeleid.<sup>110</sup> Of het nu gaat om het vaststellen van harmonisatiemaatregelen of het toepassen van artikel 34 VWEU, de Commissie is niet in staat zelfstandig een doorslaggevend stempel te drukken op de vormgeving van dit juridisch kader waar het gaat om groene stroom.

In het kader van het tot stand brengen van harmonisatiemaatregelen volgt de beperkte rol van de Commissie al uit haar initiatiefrecht dat uiteindelijk afhankelijk is van

instemming door de Raad (al dan niet met medebeslissing van het Europees Parlement). Juist waar de maatregelen de kern van het klimaat- en energiebeleid effectief raken, stuit de besluitvorming in de Raad op de al eerdergenoemde soevereiniteitsvoorbehouden in artikel 192 lid 2 en artikel 194 lid 2 VWEU.

De pluriformiteit van actoren die een rol spelen in het kader van dit rechtsgebied onder de uiteindelijke regie van het Hof resulteert in de noodzaak voor het Hof om een kunstmatige eenduidigheid te creëren in dit rechtsgebied. We zien dit waar het gaat om de regel dat zogeheten maatregelen met onderscheid niet gerechtvaardigd kunnen worden met een beroep op de dwingende redenen van algemeen belang en de categorische afwijzing van zuiver economische overwegingen. Dergelijke *hard and fast rules* kunnen in eerste instantie bijdragen aan het creëren van een voldoende duidelijke en onvoorwaardelijke bepaling van Europees recht die zich leent voor toepassing door een veelheid van actoren. De juridische praktijk toont zich echter weerbarstig en het voortschrijden van de maatschappelijke en milieukundige inzichten achterhaalt vroeger of later vrijwel elke simpele en harde regel. Dit blijkt al uit het in dit artikel bestudeerde ontstaan van het klimaatprobleem dat noopt tot de stimulering van hernieuwbare energie in een vervlechtende interne energiemarkt. Deze twee maatschappelijke ontwikkelingen hebben zich pas voorgedaan lang na de formulering van de klassieke rechtspraak inzake het vrije verkeer van goederen.<sup>111</sup>

Voor de Commissie als beleidsmaker onder het staatssteunrecht bestaat er veel minder noodzaak om dergelijke eenduidige regels te hebben. Daarmee kan de Commissie haar beleid ten aanzien van de verenigbaarheid van steun met de interne markt relatief snel aanpassen aan de veranderde maatschappelijke, economische en ecologische realiteit. De toegenomen vervlechting van energiemarkten, de potentieel onoverkomelijke kosten van duurzame elektriciteitsopwekking en de inzichten in negatieve effecten van bepaalde biobrandstoffen vertalen zich, zoals we zagen, in een duidelijk strenger beleid van de Commissie. Daar komt bij dat de Commissie, in (geheel) logische tegenstelling tot het Hof, een duidelijke beleidsmatige agenda heeft, waar het Hof uiteindelijk alleen als opdracht heeft het verzekeren van de eerbiediging van het recht. De agenda van de Commissie staat eenduidig in het teken van het algemeen belang van de Unie en met name de (markt)integratie. Zeker waar het gaat om duurzame energie kan marktintegratie en het daarmee vollediger benutten van de relatieve voordelen die opwekking en productie in bepaalde lidstaten biedt bijdragen aan het omlaagbrengen van de kosten en het verminderen

<sup>107</sup> De meest recente Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020, *PbEU* 2014, C 200/1 bevatten dezelfde voorwaarde inzake een concurrerende inschrijvingsprocedure.

<sup>108</sup> Zie bijvoorbeeld het besluit C(2003)4488 final in zaak N 475/2003, *Irish CADA scheme*, rn. 57.

<sup>109</sup> Zie bijvoorbeeld: [www.euractiv.com/energy/eu-states-unite-bid-bury-energy-news-533510](http://www.euractiv.com/energy/eu-states-unite-bid-bury-energy-news-533510), geraadpleegd op 28 januari 2015.

<sup>110</sup> Dit kan weer gecontrasteerd worden met de centrale rol in de toepassing van de tot de ondernemingen gerichte mededingingsregels die ook van grote invloed is op de liberalisering van de energiesector, zie L. Hancher & A. De Hauteclocque, 'Manufacturing the EU Energy Markets: the Current Dynamics of Regulatory Practice', 2010 *CRNI*, p. 307-334, op p. 322.

<sup>111</sup> Wetenschap over klimaatverandering bestaat al sinds 1906, maar dit werd pas een maatschappelijke realiteit vanaf de sluiting van het Raamwerkverdrag inzake klimaatverandering in 1992. De openstelling en vervlechting van de nationale energiemarkten is in gang gezet in 1996 met de inwerkingtreding van Richtlijn 96/92, *PbEG* 1996, L 27/20.

van de kosten van netwerkbalancerings.<sup>112</sup> Dit dwingt de lidstaten echter om daadwerkelijk over de grenzen heen te kijken en het duurzame energiebeleid te formuleren als daadwerkelijk Europees beleid.

Dit laatste zou kunnen beginnen met het schrappen van het soevereiniteitsvoorbehoud ten aanzien van de keuze

van energiebronnen en de structuur van de energievoorziening in het Werkingsverdrag. Gelet op het feit dat de *Herren der Verträge* al in 1992 hun veto inzake milieuharmonisatie hebben opgegeven, zou deze aanpassing van het Verdrag in de rede liggen, ook om marktpartijen, wetgevers en toezichthouders de nodige duidelijkheid te verschaffen.

---

<sup>112</sup> Vgl. COM (2012)271 Hernieuwbare energie: een belangrijke speler op de Europese energiemarkt, paragraaf 3, 7 en 9 en COM(2013)7243 Delivering the internal electricity market and making the most of public intervention, p. 9-11.